

判例研究

NIFLA の言論がプロフェッショナル・スピーチ
(専門職言論) ではないとされた事例

井 上 嘉 仁

【事実の概要】

カリフォルニアの生殖の自由、説明責任、包括ケア及び透明性に関する法律 (The California Reproductive Freedom, Accountability, Comprehensive Care, and Transparency Act. 以下、FACT 法という。) は、事実上、危機妊娠センター (Crisis Pregnancy Center. 以下、CPC という。) を規制する目的で、カリフォルニア州議会が制定したものである。CPC は、中絶に反対することを明示している団体——家族と生命の擁護者の研究所 (National Institute of Family and Life Advocates. 以下、NIFLA という。) ——と一般に深く結びついており、あるいは運営されている。CPC は、カウンセリングその他のサービスを一部無料で提供し、中絶しようとしている女性を思いとどまらせることを目指している。こうした問題に対処するために、FACT 法は、妊娠関連サービスを提供している施設に、ふたつの告知義務を課すことを定めた。ひとつは免許を保有している施設、他のひとつは免許を保有していない施設が守るべき告知規定である (以下、前者を「免許告知」(licensed notice)、後者を「非免許告知」(unlicensed notice) という)。

「主要な目的」が「家族計画又は妊娠関連サービスの提供」にある免許保有施設に、FACT 法は、政府が起草した次のような告知文を、施設所在地にて周知させることを要求している (Cal. Health & Safety Code Ann. § 123472(a)(2))。「カリフォルニアは、公的プログラムをつうじて、即時無料のまたは低

価格で利用可能な包括的家族計画サービス（FDA 承認の避妊手法をすべて含みます）、出生前医療と中絶を、有資格の女性に提供しています。あなたにその資格があるかどうかを判定するために、カウンティの社会サービス事務所「電話番号」に連絡してください」。この告知文は、待合室に掲示するか、印刷してすべての顧客に配布するか、あるいは受付で電子的に提供されなければならないとされている（§ 123472(a)(2)）。また告知文は英語の他、州法で定める他の外国語を追加した形でなされなければならないとされている（§ 123472(a)(2)）。13 の異なる言語で明確になされなければならないとするカウンティもある。

州による免許を取得しておらず、免許を取得している医療提供者も有していない、「妊娠関連サービスを提供する」ことを「主要な目的」としている免許不保有施設は、政府が起草した次のような告知文を掲出しなければならないとされる。「この施設は、カリフォルニア州から医療機関として免許を取得しておらず、サービスを提供しあるいはサービス提供を直接に監督する免許を取得した医療提供者も配置していません」(29 語の英単語からなる 1 文)（§ 123472(b)(1)）。この告知は、少なくとも、8.5 インチ × 11 インチの大きさで、最低でも 48 ポイント以上の大きさで書かれなければならないとされている。広告においては、当該告知文は、告知を取り囲む文章と同じかそれより大きいフォントでなされなければならないとされ、あるいはその他の目をひくような方法で引き立てなければならないとされる（§ 123472(b)(3)）。免許保有施設向けの告知文と同様に、免許不保有施設の告知文は、英語にくわえて州法の定めるその他の外国語でなされなければならないとされる（§ 123471(b)）。

カリフォルニア州知事が FACT 法に署名した 4 日後、NIFLA 等は、免許保有施設および免許不保有施設に課される告知義務は、合衆国憲法修正 1 条によって保障される表現の自由を侵害すると主張して、予備的差止命令の発給をカリフォルニア南部地区連邦地方裁判所に申し立てた。連邦地方裁判所は請求を認めず、第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、連邦地裁の判断を是認した。

控訴裁は、免許保有施設に課される告知義務は、「より低い水準の審査」、すなわち、「専門職言論 (Professional Speech)」規制に適用される審査をクリアし、免許不保有施設に課される告知義務については、いかなる水準の審査をもクリアすると結論づけた。

【判旨】 トーマス裁判官法廷意見〔破棄差戻〕

1. 免許告知について

(1) 内容規制は厳格審査に服する

表現規制を内容に基づくものと内容中立的なものに区別するのが先例である。内容規制は、その伝達する内容に基づいて言論を狙い撃ちするものである⁽¹⁾。一般的に言えば、かかる法律は、「違憲性が推定され、正当化されるとすれば、当該法律がやむにやまれざる州利益に奉仕するように綿密に設えられていることを政府が証明したときだけである」⁽²⁾。この厳格な基準は、『表現のもつメッセージ性、アイディア、主題あるいは中身の故に表現を規制するいかなる権限も』⁽³⁾ 政府は保持していないことを反映している。

免許を保有している者に課される告知義務は、言論内容に基づく規制である。個人に特定のメッセージを表出するよう強制することで、かかる告知義務は、「彼らの言論内容を改変している」⁽⁴⁾。

(2) 専門職言論は認められない

免許告知は内容にもとづくものであるが、第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、厳格審査を適用しなかった。その理由は、告知が「専門職言論」(professional speech) を規制するものであると結論づけたからである⁽⁵⁾。いくつかの控訴

(1) *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. ___, ___, 135 S.Ct. 2218, 2227 (2015).

(2) *Id.*

(3) *Id.* quoting *Police Dept. of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972).

(4) *Riley v. National Federation of Blind of N. C., Inc.*, 487 U.S. 781, 795 (1988).

(5) *National Institute of Family and Life Advocates v. Harris*, 839 F.3d 823, 839 (2016).

裁判所は、「専門職言論」を、異なるルールに服する別個の言論類型だと認識してきている⁽⁶⁾。下級審裁判所は、「専門家」を、依頼人の注文にあわせたサービスを提供する個人であって、「一般的に適用される免許制度や規制体系に服する者」をいうと定義している⁽⁷⁾。「専門職言論」は、したがって、かかる者による、「専門的知識や判断」にもとづいて⁽⁸⁾、あるいは「専門的な関係性という領域内で」⁽⁹⁾なされるすべての言論と定義される。そのように定義した後、下級審裁判所は、内容に基づく表現規制は厳格審査に服するというルールから、専門職言論を除外するのである⁽¹⁰⁾。

しかし、連邦最高裁判所は、「専門職言論」を、特別の言論類型として認識したことはこれまでない。単に「専門家」によって述べられたというだけで、言論が保護されなくなることはないのである。

当裁判所は、ふたつの条件——いずれも専門家が発言しているという事実に関心を当てるものではない——において、専門職言論のための保護が低下することを受け入れることができる。第一に、事実に関する非論争的な情報を、専門家の「営利的な言論」のなかで、専門家に明示するよう要求する法律に対して、先例は敬讓的な審査を適用してきた⁽¹¹⁾。第二に、先例のもとでは、州は、たとえそれが表現を付随的に巻き込むものであったとしても、専門職の行為を規制できる⁽¹²⁾。

(6) See, e.g., *King v. Governor of New Jersey*, 767 F.3d 216, 232 (C.A.3 2014); *Pickup v. Brown*, 740 F.3d 1208, 1227-1229 (C.A.9 2014); *Moore-King v. County of Chesterfield*, 708 F.3d 560, 568-570 (C.A.4 2013).

(7) *Id.*, at 569.

(8) *King*, *supra* note 6, at 232.

(9) *Pickup*, *supra* note 6, at 1228.

(10) See, *King*, *supra* note 6, at 232, *Pickup*, *supra* note 6, at 1253-1256, *Moore-King*, *supra* note 6, at 569.

(11) See, e.g., *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, 471 U.S. 626, 651 (1985).

(a) *Zauderer* 基準は適用されない

当裁判所は、特定の文脈において、情報明示を義務づける法律に対して、より低水準の審査を適用してきた。*Zauderer* においては、明示義務は、「営利広告」のみを律するものであり、「サービスを利用できる条件等についての、純粋に事実に関する非論争的な情報」の明示を義務づけたということを明らかにしつつ、当裁判所は、かかる義務づけが、「不当または不相応な負担」(unjustified or unduly burdensome) でない限り、維持されるべきだと説明したのである⁽¹³⁾。

Zauderer 基準は、本件では適用されない。免許告知は、「サービスを利用できる条件等についての、純粋に事実に関する非論争的な情報」⁽¹⁴⁾ に限定されていないことは、一目瞭然である。告知は、免許を受けているクリニックが提供しているサービスとは全く無関係なのである。それどころか、当該告知は、州が支援しているサービス——中絶を含む、「非論争的」トピック以外の何ものでもない——についての情報告知をクリニックに要求するのである。したがって、*Zauderer* は、ここでは全く適用されないのである。

(b) 付随規制にはあたらない

当裁判所は、付随的に言論に負担を課すこととなる専門家の行為規制を容認している。「修正 1 条は、交渉 (commerce) あるいは行為 (conduct) に向けられた規制が、言論に付随的負担を課すことを禁止してはいない」し⁽¹⁵⁾、専門家も決してこのルールから除外されるわけではない⁽¹⁶⁾。

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey における共同意見は、インフォームド・コンセントの義務が表現の自由を侵害するという主張を拒絶し

(12) See, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 456 (1992).

(13) *Zauderer*, *supra* note 11, at 651.

(14) *Id.*

(15) *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552, 567 (2011).

(16) See, *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, 436 U.S. 447, 456 (1978).

63 - NIFLA の言論がプロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）ではないとされた事例（井上）
た⁽¹⁷⁾。共同意見は、州法が、州による合理的な免許及び規制に服する「医療行為（*practice of medicine*）の一部として」のみ言論を規制しているのだと説明した⁽¹⁸⁾。

ここで問題となっている免許告知は、インフォームド・コンセントの要求でもなければ、その他の専門家の行為の規制でもない。告知は、医療処置に対するインフォームド・コンセントを促進していない。実際、免許告知はなんらかの処置と全く結びついていないのである。免許告知は法の適用を受ける施設とサービス利用者との間のすべてのやりとりに適用されるのであり、医療処置が求められたか、提供されたか、あるいは実行されたかとは無関係なのである。

（c） 専門職言論規制は危険である

「専門職言論」は、正確に定義することが難しいカテゴリーでもある⁽¹⁹⁾。控訴裁判所によって定義されたように、専門職言論理論は、広範な個人——医師、弁護士、看護師、理学療法士、トラック運転手、バーテンダー、理髪師その他多数——に適用されることになるだろう⁽²⁰⁾。ある控訴裁判所は、占い師に適用しさえした⁽²¹⁾。ある者を「専門家」にするのに必要な一切の事柄は、これら下級審裁判所によれば、それが個人の注文にあわせたサービスとかかわっており、州による専門免許を必要とするというものである。しかし、これは州に、免許要件を単に付加することによって、ある集団の修正 1 条上の権利を減少させることができる無限定の権力を付与することになる。州は、修正 1 条のもとで言論が受ける保護を選択することはできないのである。もしそ

(17) *Casey*, *supra* note 12, at 884.

(18) *Id.*

(19) *See, Brown v. Entertainment Merchants Assn.*, 564 U.S. 786, 791 (2011).

(20) *See, Rodney A. Smolla*, "Professional Speech and the First Amendment," 119 W. Va. L. Rev. 67, 68 (2016)

(21) *See, Moore-King*, *supra* note 6, at 569.

れが可能ならば、「州の好まない主題について不当な差別」を課すことのできる強力な手段を州に与えることになるだろうからである⁽²²⁾。

(3) 手段の過小包摂、代替手段の存在のゆえに中間審査基準すら充たさない

免許告知は中間審査さえクリアすることができない。カリフォルニアは、免許告知を正当化するために、低所得の女性に情報を提供する利益を主張する。これが重要な州利益であると推定しても、免許告知はその目的を達成するために十分に叙述されていないのである。

もしカリフォルニアの目的が、低所得の女性を教育することであるならば、免許告知は、「大幅に過小包摂」⁽²³⁾である。たとえば、コミュニティ・クリニックは、非常に多くの低所得女性に奉仕しており、女性を教育することもできるのにもかかわらず、免許告知義務はないのである。かような「過小包摂は、政府が実際に自ら訴求する利益を追求しているかどうかについて、深刻な疑義を提起する」⁽²⁴⁾。

さらに、カリフォルニアは、「望まない表現を表現者に押し付けることなく」⁽²⁵⁾低所得の女性に情報を提供することができる。カリフォルニアは、公的な情報を提供するキャンペーンをはることで、女性自身に情報を提供することができることは明らかである⁽²⁶⁾。カリフォルニアは、免許保有施設を、州のメッセージを伝達させるために恣に利用することはできないのである。「修正 1 条は州が効率性を求めて言論を犠牲にすることを州に認めてはいないのである」⁽²⁷⁾。

(22) *Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410, 423-424, n. 19. See, also *Riley*, *supra* note 4, at 796. (「州の貼ったラベルは、修正一条の保護の程度を決定することはない」(citing *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. 809, 826 (1975))).

(23) *Entertainment Merchants Assn.*, *supra* note 19, at 802.

(24) *Id.*

(25) *Riley*, *supra* note 4, at 800.

(26) See, *id.* (強制的な開示は、政府が「自ら開示を公にする」ことができるのであるから、違憲であると結論づけた)。

以上要するに、上訴人は免許告知に対する訴えに関する本案において勝訴の見込みがあるのである。反対意見（ブライヤー裁判官）における主張とは異なり、われわれは、長いあいだ許容されると考えられてきた健康と安全に関する警告の適法性、あるいは商業製品についての純粋に事実的かつ非論争的な情報明示を問題としない。

2. 非免許告知について

Zauderer 基準が非免許告知に適用されるかどうかを判示する必要はない。*Zauderer* のもとであってさえ、告知義務は「不当あるいは不相応な負担」であってはならないからである⁽²⁷⁾。カリフォルニアは、非免許告知が不当でも不相応でもない負担であることを証明する責めを果たしていない。

免許告知と異なり、非免許告知は、避妊や中絶ではなく「妊娠関連」サービスを主として提供する施設にしか適用されない（§ 123471(b)）。当裁判所の先例は、「ある者には表現を認め、他の者には認めない」とする法律に深い疑念を持ってきた⁽²⁸⁾。かかる法律は、「国家の見解と一致するメッセージを保有する表現者に規制をかけないでおく」というリスクを発生させる⁽³⁰⁾。

非免許告知は、政府が起草した 29 語の英単語からなる 1 文を必ず含まなければならない（§ 123472(b)(1)）。カリフォルニアが口頭弁論で認めたように、免許不保有施設が設置している「命を選ぼう」（Choose Life）と述べている掲示板は、その 2 語を、政府が求める 29 語の声明によって、13 種類の言語以上で、取り囲まなければならないかもしれないのである。このように、非免許告知は、施設固有のメッセージをかき消し、あるいはそもそもかかる掲示板を設置する可能性を効果的に閉め出さう。

以上のすべての理由によって、非免許告知は *Zauderer* が適用されたと推定

(27) *Riley*, *supra* note 4, at 795.

(28) *Zauderer*, *supra* note 11, at 651.

(29) *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310, 340 (2010).

(30) *Sorrell*, *supra* note 15, at 580.

しても、それを充たさない。カリフォルニアは、当該告知の正当化事由を提出していない。カリフォルニアは、表現者を狙い打ちし、言論を対象とせず、不相応な負担となる告知義務を課し、保護される言論を萎縮させているのである。これらの事情を総合して考えれば、非免許告知は *Zauderer* のもとで不当かつ不相応な負担であると、われわれは結論づける。

ケネディ裁判官の同意意見〔ロバーツ長官、アリート裁判官、ゴーサッチ裁判官同調〕

省略（本件が見解差別であることを強調している）

ブライヤー裁判官反対意見〔ギンズバーグ裁判官、ソトマイヨール裁判官、ケーガン裁判官同調〕

1. 免許告知について

(1) 内容規制の事案ではない

多くの通常の情報明示を義務づける法律は、専門家固有のサービスや行為と情報告知とは関連していないが、規制は許されている（たとえば、チャイルドシートの着用について親に、あるいは、百日咳と利用できるワクチンについて新生児の保護者に教示するよう病院に要求することなど）。

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905) の時代であつてさえ、当裁判所は、産業関係の多数の経済規制を違憲としたとき、医療専門家に関する立法判断については慎重に敬讓してきた。州はかなり多数の要件を医療業務に課すことができ、医師は、そうした合理的要件に従うことと引き換えに、医療業務への免許を州から受け取ることができるのである。

(2) インフォームド・コンセントは表現の自由を侵害しない

Casey において、連邦最高裁共同意見は、中絶を検討している女性に対して、州は中絶のリスクや養子に関する情報告知義務を医師に課すことが、女性に対する「不相応な負担」となるかどうかを問うた⁽³¹⁾。共同意見は、*Akron*⁽³²⁾

(31) *Casey*, *supra* note 12, at 882-883.

59 - NIFLA の言論がプロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）ではないとされた事例（井上）と *Thornburgh*⁽³³⁾ を覆し、「情報をうけとったうえでの選択を確実にする合理的な手段」だと判示した⁽³⁴⁾。

Casey は、州の制定法上の義務づけは、医師の憲法上保護された表現の自由も、中絶をするという女性の憲法上保護された権利も、ともに侵害しないと判示したのである。

(3) 本件はインフォームド・コンセントの問題として処理される

(a) *Casey* との区別の困難性

ここで問題となっている医療関係者は、*Casey* で問題となった医師と重要な違いはない。「インフォームド・コンセント」に役に立ちうる、中絶の可能性に関する情報を告知するよう、当該法律は医療専門家に要求しているのであり、*Casey* との区別は困難である。

(b) *Zauderer* とも矛盾しない

Zauderer においては、「営利的言論が提供する情報の消費者にとっての価値」が強調された⁽³⁵⁾。専門職言論は、まさしく患者に対する情報価値の故に保護されるから、専門家自身のサービスについての広告と結びつけて考える必要はない。かかる法律が厳格な審査に服する理由はない。

クリニックに要求している情報の告知は、真実でかつ誤導的でない情報である。中絶を含む州のリソースが利用できるということは、規範的言明でもなければ、真実性が争われる事実でもない。

2 非免許告知について

当該法律は、文面上、プロ・ライフを好む施設と、プロ・チョイスの観点から好む施設との間の区別をしていない。また本法が「妊娠関連」サービスを

(32) *Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416, 444 (1983).

(33) *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747, 761 (1986).

(34) *Casey*, *supra* note 12, at 884.

(35) *Zauderer*, *supra* note 11, at 651.

主として提供する施設にしか適用されないのは、妊婦は一般的に避妊サービスを必要としていないからである。

最後に、「不相応な負担となる告知義務があるとすれば、それは修正 1 条を侵害する」⁽³⁶⁾ という主張は、州法が違憲的に適用されるという主張であり、文面上違憲であるという主張ではない。

【研究】

本件は、保守派とリベラル派の陣営がはっきりと分かれ、ケネディ裁判官がキャスティング・ヴォウトを握る形となった。本件の特徴は、連邦最高裁が専門職言論という新規のカテゴリーを明示的に否定した点、先例である *Casey* の射程をいくらか明確にした点にある⁽³⁷⁾。なお、差戻連邦控訴裁は、地裁の判断を一部破棄し、一部取消し、さらなる審理をさせるために地裁に差戻した。902 F.3d 900 (2018)。

1 専門職言論

(1) 専門職言論の起源

連邦控訴裁の事案である *King, Pickup, Moore-King* によりながら、連邦最高裁は、「専門職言論」を、「専門家」によってなされる専門的知識や判断にもとづいて、あるいは専門的な関係性という領域内でなされるすべての言論と定義している。そして「専門家」とは、依頼人の注文にあわせたサービスを提供する個人であって、一般的に適用される免許制度や規制体系に服する者と定義されると断定した。

専門職言論理論によれば、ある言論が専門職言論であると認定されれば、それに対する内容規制に厳格審査を適用する必要はないとされる。最高裁は

(36) *Id.*

(37) 商業市場における言論への修正 1 条の保護を格段に高めた点を、ロバーツ・コート歴史上最もリバタリアンのだと評価することもできる。Robert McNamara, Paul Sherman, "The First Amendment and Culture Wars," 2018 Cato Sup.Ct.Rev. 197 (2018).

かかる理論を採用しなかった。

専門職言論の理論形成の起源のひとつは、*Lowe v. Securities and Exchange Commission*, 472 U.S. 181 (1985) におけるホワイト裁判官の同意意見である。ホワイト裁判官は、大衆に向けてなされる表現と特定個人に向けてなされる表現とを区別し、後者は専門家の行為に従事しているものとみた。契約締結行為と同様に規制に服するというわけである。話すことを専門としている専門家であっても同様である。*Lowe* の解決に必ずしも必要のない個人的関係（personal-nexus）テストが、後の下級審の参照するところとなり、専門職言論理論が展開されるようになるのである⁽³⁸⁾。

（2）下級審での展開

主な下級審の裁判例は次のようである⁽³⁹⁾。

（1）*Moore-King v. County of Chesterfield*, 708 F.3d 560 (4th Cir. 2013). 占い師（Psychic Sophie）の予言に、第 4 巡回区連邦控訴裁判所は、専門職言論理論を適用し、修正 1 条と矛盾抵触することはないと判示した。（2）*Pickup v. Brown*, 740 F.3d 1208 (9th Cir. 2013). 18 歳未満の未成年者の性的嗜好を、ホモセクシャルからヘテロセクシャルに変える“conversion therapy”あるいは“reparative therapy”を規制対象とする法律の合憲性について、第 9 巡回区連邦控訴裁判所は、専門職言論は連続体であり、専門家が公的対話に従事するときは最大の保護が与えられ、専門に関連する領域内で専門家が表現しているときは幾分か保護が減少し、専門家の行為の規制が、言論に付随的影響を与えるときは最低水準の保護しか与えられないとし、カウンセリング規制は行為の規制であるとして、合憲とした。（3）*King v. Governor of New Jersey*, 767 F.3d 216 (3d Cir. 2014). *Pickup* と類似の州法について、第 3 巡回区連邦控訴裁判所

(38) *Id.*, at 207-209.

(39) 以下の控訴裁判所判例の概要については、*see*, Smolla, *supra* note 20. また専門職言論の法理全般について、桧垣伸次「専門家による言論の法理」福岡大学法学論叢第 60 巻第 4 号 629 頁（2016 年）を参照。

は、免許を取得している専門家は、専門家の一員として表現しているときは、修正 1 条の完全な保護を享受しないと判示し、第 9 巡回区の判断とは異なり、中間審査を採用し、合憲と判示した。(4) *Wollschlaeger v. Governor of Florida*, 760 F.3d 1195 (11th Cir. 2014). 患者に銃を所持しているかを医師が尋ねたり、記録を取ったりあるいは言及することを制限するフロリダ州法が文面上違憲かどうか争われ、再審理を繰り返しつつ、2017 年 2 月 16 日、中間審査基準をも満たさないので厳格審査基準が適用されるか否かを判断する必要はないとした。

(3) 専門職言論理論と類似する表現の自由理論

専門職言論理論は、(a) 消費者保護の観点からみれば営利的言論と類似し、(b) “公人(専門家)／市民”の二分論でみれば政府言論または公務員の言論と類似し、あるいは(c) 免許制度のもとで種々の規制に服している点で政府支出の理論と類似している⁽⁴⁰⁾。

(a) 営利的言論と専門職言論とは次の点で異なっている。営利的言論は、「商業取引を提案するにすぎない」もの、あるいは、表現者と聴衆の経済的利益にのみ結びつけられたものであるのに対し、専門職言論は、専門家と依頼人の関係でなされるものである。したがって、顧客を勧誘する専門家による広告が営利的言論である一方で、顧客に対する専門家の助言は専門職言論となるのである。

(b) 専門職言論は、政府言論とも、公務員の言論とも異なる。高度に規制されているとはいえ、産業界で顧客への助言等をする専門家の事業と、政府による事業とでは根本的な性質が異なる。それゆえに、両者を同列に置くことはできず、修正 1 条の分析も異なってくる。また、専門家は公務員でもないのに、政府が免許を付与したり規制したりできるということのみによって、公務員の言論理論をあてはめてよいか疑問である。これを認めれば、長年に

(40) 類似理論との異同について、see, Smolla, *supra* note 20.

わたって培われてきた表現の自由の理論は根本的な変容を余儀なくされるだろう。

（c）専門職言論は、政府支出の限界とも同列には論じられない。免許の発行と政府支出とは異なるからである。もし同じと考えたら、修正1条の禁じる内容規制を広汎に認めることになる。

2 Zauderer の射程

（1）Zauderer 基準の理解

本件において連邦最高裁は、専門職言論という類型を認めなかったが、専門家の言論がその専門性の故ではなく、次のとき低下することを認める。①純粋に事実に関する非論争的な情報を、専門家の営利的言論の中で明示することの義務が、不当または不相応な負担でないとき、②専門家の行為の規制に付随して言論が制約されるとき、である。①を示したのが *Zauderer* であり、②を示したのが *Casey* である。

Zauderer は、成功報酬をもとにしたサービスを広告する弁護士に対して、その他の手数料やコストの支払いを依頼人は請求されることがある旨を明示するよう要求する規則が妥当とされた事例である。

Zauderer 基準の理解において、多数意見と反対意見とでは、次の2点で、大きな隔たりがある。

第1に、*Zauderer* では、「純粋に事実に関する非論争的な情報」の定義が示されていないことから生じる隔たりである。「事実」や「非論争的」はなにを意味するのか⁽⁴¹⁾。第2に、*Zauderer* 基準は、専門家自らが提供するサービスと関連する情報の明示義務の文脈に限定して適用されるのか、自ら提供するサービスとは関係ない情報の明示義務の文脈でも適用されるのか、である。（「不当又は不相応な負担」の意義についても争いがあるが、紙幅の都合上割愛する）。

(41) *Leading Case*, 132 Harv.L.Rev. 347, 352.

(2) 純粋に事実に関する非論争的な情報

多数意見は、「中絶」が論争的なトピックであるとして、*Zauderer* 基準の適用はないと判示した。反対意見は、本件は州のリソースが活用できるという事実を伝達するものであるから、論争的ではないという。

そもそも、*Zauderer* で明示するよう要求されたのは「料金」である。これが「純粋に事実に関する非論争的な情報」であるとされたのである。これに対して、*NIFLA* の多数意見は、「中絶」に関する情報を告知するよう要求されたとみて、「論争的」だと結論づけた。

科学的事実、歴史的事実であっても、政治的には論争的であり得ることを指摘し、主題に基づいて「論争的」であるか否かを決するべきでないとの指摘もある⁽⁴²⁾。それゆえに、情報内容に着目して、「論争的」か否かを決すべきだという。仮に主題に着目した場合、ほとんどすべての営利的言論に関する情報明示義務が、論争的な主題となりかねず、*Zauderer* 基準が機能を失うおそれもある。

しかし逆に、情報内容の真実性という意味での事実であれば明示強制が可能だと考えることは、専門家を政府の代弁者とする権限を政府に付与することにもなりかねない。すなわち、論争的な主題に関して、政府が自らの見解にもとづいて、一定のプログラムを作成しさえすれば、プログラムの存在という真実の事実に関する情報を告知させることが可能となるのである。これにより、一定の論争的主题について、専門家に政府の立場を表明させる無限定の強制力を、政府は得ることになる。

表現の自由の保障は、政府による見解差別を原則として禁じている。その

(42) *Id.*, at 352-353. 「事実」にかかわる情報と感情的反応を引き起こすメッセージとを区別することは困難であることや、「非論争的」とは、開示が強制される情報の真実性に対する疑義であるのか、情報開示の文脈または関連性の論争性なのかなどが論点となる。なお、*Zauderer* の評釈として、太田裕之「弁護士広告と修正 1 条」判例タイムズ第 611 号 130 頁 (1986 年) 参照。

例外として *Zauderer* 基準が考案されたことをふり返れば、政府に内容規制の無限定の権限を付与するような解釈は不当と思われる。

(3) 「営利的言論」に関連した告知

多数意見が重視するのは、本法は中絶サービスを提供していない施設に対して、州の提供する中絶サービスに関する告知を義務づけるものであるから、*Zauderer* 基準の適用がないことである。

これに対して、反対意見は、専門家の言論と専門家自身が提供するサービスとの関連性を問わず、明示義務による言論強制が可能であるとみている。*Casey* において養子縁組に関する情報が、中絶に関する情報とみられたのと同様に、本件のプロ・ライフの施設が中絶を提供していないとしても、中絶に関する情報は出産に関する情報と考えるべきことを指摘している。

多数意見に従えば、たとえばチャイルドシートの着用について患者に告知するよう医師に義務づけることに厳格審査基準が適用され、違憲とされかねない。

とはいえ、*Zauderer* 自体は、弁護士が自ら提供するリーガル・サービスに関する営利広告であった。したがって、*Zauderer* の射程は自らの営利広告の文脈に限られるとするのは合理的解釈と思われる。仮に厳格審査を適用したとしても、結論が常に違憲となるわけではない。

3 Casey の射程

(1) Casey の理解

NIFLA の多数意見は、*Casey* を「医療行為」の一部として言論を規制する場合であるとみた。そして免許告知が医師による医療行為とは無関係に課せられることを根拠に、*Casey* と区別されることを述べる。また、原審も本件が行為規制ではないと認定している。

これに対して反対意見は、医師のみならず医療サービスに従事する医療関係者に拡大し、提供する医療サービスと間接的に関係のある情報まで含むとする。すなわち、中絶という医療行為をする医師に、養子縁組に関する告知

義務を課すことを *Casey* は認めているのだから、逆に、出産という医療行為や助言をする医療関係者に、中絶に関する告知義務を課すことも認められるというのである。

反対意見の考え方には、曖昧な拡張性がある⁽⁴³⁾。

(2) 「言論／行為」二分論——付随的規制

NIFLA と *Casey* を区別するのは説得的でないとする見方がある⁽⁴⁴⁾。反対意見の指摘するように、*Casey* で義務づけられていた情報のなかには、子どもの支援のような、手術とは無関係の情報も含まれていた。

しかし、多数意見が重視したのは、医療行為に従事する者に求められる義務にあったと思われる。ところが、*NIFLA* における法は、クリニックを訪れたすべての者に、診察室のみならず待合室においても情報の掲出を求めているのであって、インフォームド・コンセントの文脈からは逸脱していると思われる。

したがって、医療行為に付随した規制ではなく、言論の直接的な規制であるとみた多数意見は、妥当である。メッセージを伝達することが法適用の引き金となっている点が問題なのである。

なお、*NIFLA* が経済規制の名目での情報規制権限を大いに減殺する力を秘めている点は、今後の展開が注目される。

(43) *McNamara, Sherman, supra note 37, at 219.* なお、*Casey* の評釈として、高井裕之「妊娠中絶と憲法上のプライバシーの権利 (2)」『アメリカ法判例百選』(有斐閣、2012 年) 98 頁参照。

(44) *Leading Case, supra note 41, at 355.*